

LANDEsarBEITSGERICHT NÜRNBERG

2 TaBV 75/16

9 BV 157/15

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 19.09.2017

Rechtsvorschriften:

§§ 2 Abs. 1, 76, 76a BetrVG, §§ 242, 286, 288, 315 BGB, § 100 ArbGG

Orientierungshilfe:

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird die Bestellung eines externen und damit vergütungspflichtigen Beisitzers einer Einigungsstelle nach § 76 BetrVG nicht daraufhin überprüft, ob die Bestellung erforderlich war. Bestellt der Betriebsrat neben einem Vertreter der Gewerkschaft und einem Rechtsanwalt der ihn vertretenden Kanzlei einen weiteren gleich qualifizierten Rechtsanwalt derselben Kanzlei als Beisitzer einer Einigungsstelle mit je drei Beisitzern und beauftragt den Betriebsratsvorsitzenden mit der Vertretung des Betriebsrats vor der Einigungsstelle, kann dies sachwidrig sein und damit gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG verstoßen.
2. Den Vergütungsanspruch des Beisitzers nach § 76a Abs. 3 BetrVG lässt auch dessen sachwidrige Bestellung grundsätzlich unberührt. Allerdings kommt eine Haftung der sachwidrig handelnden Betriebsratsmitglieder ebenso in Betracht wie die Verpflichtung des Betriebsrats, mögliche Haftungsansprüche gegen den zur sachwidrigen Besetzung der Einigungsstelle ratenden Rechtsanwalt an den Arbeitgeber abzutreten.
3. Die Bestimmung des Vergütungsanspruchs durch den Beisitzer nach § 76a Abs. 3 - 5 BetrVG i. V. m. § 315 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 BGB entspricht nicht der Billigkeit und ist daher für den Arbeitgeber unverbindlich, wenn der Beisitzer nicht nur die Vergütung des Vorsitzenden der Einigungsstelle zu Grunde legt, sondern auch dessen nach § 76a Abs. 1 BetrVG zu erstattenden Reisekosten.
4. Solange die Bestimmung durch das Einigungsstellenmitglied nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich und die Vergütung nicht durch rechtskräftiges Urteil nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB festgesetzt ist, ist der Vergütungsanspruch nicht fällig und der Arbeitgeber nicht in Verzug. Solange kann der Beisitzer daher weder Verzugszinsen oder Prozesszinsen noch sog. Honorardurchsetzungskosten nach § 286 BGB verlangen.

Beschluss:

- I. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 27.10.2016 – Az. 9 BV 157/15 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beteiligte zu 2 wird verurteilt, an den Antragsteller einen Betrag von 4.248,30 € brutto zu zahlen.
 2. Im Übrigen werden die Anträge zurückgewiesen.
- II. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beteiligten streiten um die Zahlung einer Kostennote des Antragstellers für seine Tätigkeit als Beisitzer einer Einigungsstelle sowie um sog. Rechtsdurchsetzungskosten.

Die Beteiligte zu 2 hat in N...ihren Sitz und steuert von hier aus mehrere bekannte Eismarken. Sie beschäftigt am Standort N... ca. 550 Mitarbeiter, darunter ca. 50 Arbeitnehmer als Staplerfahrer und Kommissionierer im Kühlhaus. Es ist ein elfköpfiger Betriebsrat gebildet, dessen Vorsitzender in den Jahren 2014 und 2015 Herr H... gewesen ist. Mittlerweile hat Herr L... den Vorsitz übernommen.

Im Jahre 2014 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen der Beteiligten zu 2 und dem Betriebsrat in Bezug auf die Umkleidezeiten erforderlicher Schutzkleidung und Si-

cherheitsschuhe im Kühlhaus sowie notwendiger Arbeitskleidung und Sicherheitsschuhe in anderen Bereichen. Deswegen forderte der Betriebsrat die Beteiligte zu 2 mit Schreiben vom 04.03.2014 auf, Gespräche über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zum Thema „vergütungspflichtige Umkleidezeiten“ aufzunehmen. In der Folgezeit machte der Betriebsrat seine Verhandlungswünsche unter anderem mit Schreiben vom 08.04.2014 und 24.04.2014 noch einmal gegenüber dem Arbeitgeber deutlich.

Das Ansinnen des Betriebsrats wurde unter anderem mit Schreiben der Beteiligten zu 2 vom 13.05.2014 und 06.08.2014 zurückgewiesen. Mit Schreiben vom 01.09.2014 nahm die Beteiligte zu 2 noch einmal ausführlich rechtlich gegenüber dem Betriebsrat Stellung. Dieser antwortete mit Schreiben vom 04.09.2014. Eine Erwiderung seitens der Beteiligten zu 2 erfolgte mit Schreiben vom 15.09.2014. Wegen der Einzelheiten der Korrespondenz zwischen dem Betriebsrat und der Beteiligten zu 2 in der Zeit vom 04.03.2014 bis 15.09.2014 wird auf Blatt 279 - 285 der Akten verwiesen.

Der Betriebsrat nahm am 11.09.2014 erstmals Kontakt mit der Rechtsanwaltskanzlei A... auf und beauftragte sie formell unter dem Datum 26.09.2014. Gründer der Kanzlei ist Rechtsanwalt S.... Der Antragsteller war in dem 2014 eröffneten Büro der Kanzlei in F... als Rechtsanwalt tätig.

Mit Schreiben vom 13.10.2014 (Blatt 286 der Akten) lehnte die Beteiligte zu 2 gegenüber dem Betriebsrat die Übernahme der Kosten für einen externen Sachverständigen zum Thema „vergütungspflichtige Umkleidezeiten“ ab.

Mit Beschluss vom 27.10.2014 erklärte der Betriebsrat das Scheitern der Verhandlungen.

Mit Schreiben vom 04.11.2014 (Blatt 287, 288 der Akten) forderte Rechtsanwalt S... im Namen des Betriebsrats die Beteiligte zu 2 auf, sich mit der Einsetzung einer Einigungsstelle einverstanden zu erklären und schlug unter anderem vor, dass jede Seite vier Beisitzer für die Einigungsstelle benennt.

Mit Schreiben vom 10.11.2014 (Blatt 289 der Akten) lehnte die Beteiligte zu 2 die Einsetzung einer Einigungsstelle ab.

Mit Schriftsatz vom 01.12.2014 leitete die Rechtsanwaltskanzlei A... im Namen des Betriebsrats ein Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht Nürnberg (Aktenzeichen 12 BV 155/14) zur Einsetzung der Einigungsstelle ein und beantragte unter anderem die von den Beteiligten jeweils zu benennenden Beisitzer auf vier festzusetzen. Der Regelungsgegenstand sei höchst komplex und es sei deshalb erforderlich und zielführend, umfassenden Sachverstand einzubinden (Blatt 269 - 278 der Akten).

Erfahrungen mit der Einsetzung und Durchführung von Einigungsstellen gab es bis dahin bei der Beteiligten zu 2 nicht. Die Beteiligte zu 2 schaltete daher die Konzernzentrale ein. Daraufhin erhielt Rechtsanwalt S... von Herrn K... (Mitarbeiter im Personalbereich auf Konzernebene) einen Anruf und teilte mit, dass doch eine Anzahl von je drei Beisitzern ausreichend sei. Damit war Rechtsanwalt S... auch im Namen des Betriebsrats einverstanden.

Die Geschäftsleitung der Beteiligten zu 2 ging davon aus, dass dann, wenn drei Beisitzer je Seite bestellt würden, von Seiten des Betriebsrats ein Vertreter der Gewerkschaft NGG, ein Rechtsanwalt und ein Mitglied des Betriebsrats in die Einigungsstelle entsandt würden. Dies hatte die Geschäftsleitung gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden Herrn H... kommuniziert. Herr H... hatte dem nicht widersprochen.

Mit Beschluss vom 19.12.2014 (Blatt 30 f. der Akten) stellte das Arbeitsgericht gem. § 278 Abs. 6 ZPO das Zu-Stande-Kommen eines gerichtlichen Vergleiches mit folgendem Inhalt fest:

1. *Die Parteien sind sich darüber einig, dass zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten im Zusammenhang mit dem An- und Ausziehen der für die Tätigkeit im Kühlhaus erforderlichen Schutzbekleidung/Sicherheitsschuhe und der notwendigen Arbeitskleidung/Sicherheitsschuhe in anderen Bereichen inklusive der Festlegung der Lage der Umkleidezeiten (Beginn und Ende der Umkleidezeit als Arbeitszeit) und inklusive der pauschalierten Festlegung der notwendigen Dauer der*

Umkleidezeit und den durch das Umkleiden veranlassten innerbetrieblichen Wegezeiten sowie der Vergütung und/oder dem Ausgleich in Freizeit und den Einzelheiten der Inanspruchnahme von Freizeitausgleich eine Einigungsstelle gebildet wird.

2. *Die Parteien sind sich darüber einig, dass zum Vorsitzenden der nach Ziff. 1 zu bildenden Einigungsstelle Herr Richter am Arbeitsgericht a. D. Dr. Sch... bestellt wird.*
3. *Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Anzahl der von den Beteiligten jeweils zu benennenden Beisitzer auf 3 festgesetzt wird.*

Auf Anraten von Rechtsanwalt S... entsandte der Betriebsrat mit Beschluss vom 14.01.2015 (Blatt 200 der Akten) als Beisitzer in die Einigungsstelle ihn selbst, den Antragsteller sowie Frau Sc... von der Gewerkschaft NGG. Als Berichterstatter des Betriebsrats und Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats vor der Einigungsstelle entsandte der Betriebsrat dessen Vorsitzenden Herrn H.... Weiterhin wurden drei weitere Betriebsratsmitglieder im Rahmen der Betriebsparteiöffentlichkeit entsandt.

Zwischen den Beteiligten ist nach Vorlage der entsprechenden Unterlagen (Blatt 197-199 der Akten) unstrittig, dass dieser Beschluss formal ordnungsgemäß zu Stande gekommen ist.

Die Beteiligte zu 2 bat daraufhin den Betriebsrat, die Entscheidung über die Benennung der Beisitzer zu überdenken. In einer außerordentlichen Betriebsratssitzung vom 26.01.2015 hörte der Betriebsrat den Geschäftsführer der Beteiligten zu 2 Herrn La... und Frau Ke... aus der Personalabteilung sowie Herrn Rechtsanwalt S... und Frau Sc... zu den Fragen der Besetzung der Einigungsstelle an. Im Anschluss beschloss der Betriebsrat, an der beschlossenen Besetzung der Einigungsstelle festzuhalten. Dies teilte der Betriebsratsvorsitzende der Beteiligten zu 2 mit E-Mail vom 27.01.2015 mit (Blatt 33 der Akten).

Im Einladungsschreiben vom 05.02.2015 (Blatt 35 der Akten) zur Einigungsstellensitzung hielt die Beteiligte fest, dass sie sich an die mündlich getroffene Vereinbarung halte, wo-

nach von Seiten der Arbeitnehmervertretung ein Betriebsratsmitglied, eine Person der Gewerkschaft und ein Rechtsanwalt teilnehmen werden.

Mit Schreiben vom 23.02.2015 an Herrn La... wies RA S... darauf hin, dass es eine Vereinbarung über die Besetzung des dritten Beisitzers der Einigungsstelle nicht gegeben habe. Wegen der versuchten erheblichen Einflussnahme auf den Betriebsrat bzw. einzelne Mitglieder erscheine es sogar zwingend notwendig, dass der Betriebsrat als Beisitzer gerade keine Betriebsratsmitglieder benenne, um hier jede Einflussmöglichkeit durch den Arbeitgeber auf die in dieser Funktion weisungsunabhängigen Beisitzer auszuschließen.

Die Beteiligte zu 2 entsandte Frau Ke... und Herrn P... als innerbetriebliche Beisitzer sowie Herrn Rechtsanwalt Pl... in die Einigungsstelle und betriebsparteiöffentlich den Geschäftsführer der Beteiligten zu 2 Herrn La....

Die Einigungsstelle tagte am 25.03.2015 und 16.06.2015 und endete mit dem Abschluss einer Betriebsvereinbarung (Blatt 38 der Akten).

Der Vorsitzende der Einigungsstelle stellte mit Schreiben vom 18.06.2015 ein Honorar für 17 Stunden Tätigkeit von 5.100,- € netto und Fahrtkosten für 808 km von 282,80 € netto nebst 19 % MwSt in Rechnung, insgesamt also 6.405,53 € (Blatt 39 der Akten).

Mit Schreiben vom 06.07.2015 stellte Rechtsanwalt S... jeweils für sich und den Antragsteller 7/10 des Honorars des Einigungsstellenvorsitzenden von 5.382,80 € netto nebst 19 % MwSt in Rechnung, also jeweils 3.767,96 netto bzw. 4.483,87 brutto (Blatt 40 – 42 der Akten) und bat um Ausgleich innerhalb der nächsten zehn Tage. Die Beklagte zahlte an Rechtsanwalt S... 3.570,- € netto + 19 % MwSt, also 4.248,30 € brutto. Eine Zahlung an den Antragsteller erfolgte nicht.

Mit Schreiben vom 01.09.2015 wurde die Beteiligte zu 2 unter Fristsetzung zum 11.09.2015 zur Zahlung der Kostennote des Antragstellers aufgefordert (Blatt 43 der Akten).

Mit E-Mail vom 09.09.2015 bestätigte die Beteiligte zu 2 die mündliche Vereinbarung über die Zusammensetzung der Einigungsstelle und lehnte die Übernahme weiterer Kosten ab (Blatt 44 der Akten).

Mit Schriftsatz vom 06.10.2015 leitete der Antragsteller das vorliegende Beschlussverfahren ein und verlangte die Zahlung der Kostennote vom 06.07.2015 nebst 9 Prozentpunkten Zinsen sowie die Rechtsverfolgungskosten erster Instanz.

Wegen der genauen Antragstellung sowie des Vortrags der Beteiligten im erstinstanzlichen Verfahren wird auf den Beschluss des Arbeitsgerichts vom 27.10.2016 (Blatt 131 ff der Akten) verwiesen.

Das Arbeitsgericht gab den Anträgen bis auf eine doppelt veranschlagte Auslagenpauschale für die Rechtsverfolgungskosten statt und erkannte wie folgt:

1. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, an den Antragsteller einen Betrag in Höhe von 4.483,87 € brutto zzgl. Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 01.09.2015 zu zahlen.
2. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, an den Antragsteller Honorardurchsetzungskosten in Höhe von 492,54 € brutto zzgl. Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 09.09.2015 zu zahlen.
3. Die Beteiligte zu 2 wird verpflichtet, an den Antragssteller weitere Honorardurchsetzungskosten in Höhe von 432,68 € brutto zzgl. Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 03.12.2015 zu zahlen. Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Das geltend gemachte Honorar stehe dem Antragsteller zu. Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Beschlussfassung des Betriebsrats zur Bestellung des Antragstellers als Einigungsstellenbeisitzer seien nicht erkennbar. Da dieser die Bestellung angenommen habe, bestehe der Anspruch nach § 76a Abs. 3 BetrVG. Die Frage, ob es erforderlich gewesen sei,

dass in der Einigungsstelle zwei Rechtsanwälte neben einer Gewerkschaftssekretärin als Beisitzer aufgetreten seien, dränge sich im vorliegenden Fall zwar auf, sei jedoch nicht entscheidungserheblich. Der Höhe nach sei das Beisitzerhonorar nicht zu beanstanden. Die Anwaltskosten für die gerichtliche Durchsetzung des Vergütungsanspruchs habe die Beteiligte zu 2 nach § 286 Abs. 1 BGB in Höhe der 1,3 Verfahrensgebühr und der 1,2 Terminsgebühr aus einem Streitwert von 4.483,87 € nebst einer einmaligen Pauschale von 20 € sowie der Umsatzsteuer entsprechend der Regelungen im RVG zu tragen.

Gegen diesen der Beteiligten zu 2 am 08.11.2016 zugestellten Beschluss legte diese mit Schriftsatz vom 24.11.2016, eingegangen am Landesarbeitsgericht am 28.11.2016 Beschwerde ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 02.01.2017, eingegangen beim Landesarbeitsgericht am 03.01.2017.

Die Beteiligte zu 2 begründet die Beschwerde unter weiterer Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages wie folgt:

Vor Einsetzung der Einigungsstelle hätten sich die Beteiligte zu 2 und der Betriebsrat mündlich darauf geeinigt, dass auf Arbeitnehmerseite ein Betriebsratsmitglied, ein Vertreter der Gewerkschaft NGG sowie ein Rechtsanwalt zu bestellen seien. Weiter habe Einigkeit bestanden, dass die Kosten für einen Dritten externen Beisitzer nicht übernommen würden. Entgegen dieser Absprache habe der Betriebsrat drei externe Beisitzer bestellt sowie den damaligen Vorsitzenden des Betriebsrats Herrn H... als Verfahrensbevollmächtigten. Die Bestellung mehrerer betriebsfremder Beisitzer sei nicht erforderlich gewesen, insbesondere nicht mit drei arbeitsrechtlich tätigen Beisitzern, davon zwei Rechtsanwälten aus derselben Kanzlei. Die der Einigungsstelle zu Grunde liegende Thematik sei sachlich wie rechtlich einfach gelagert gewesen. Auch bei der Bestellung von Beisitzern sei der allgemein im betriebsverfassungsrechtlichen Kostenrecht geltende Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten.

Der Betriebsrat habe mit der Besetzung der Einigungsstelle auch gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit verstoßen und rechtsmissbräuchlich gehandelt. Die Beteiligte zu 2 habe zu keiner Zeit Druck auf den bei ihr eingerichteten Betriebsrat ausge-

übt. Sie habe vielmehr lediglich eine abweichende Auffassung zur Regelungsbedürftigkeit von Umkleidezeiten sowie einer dahingehenden Vergütungspflicht vertreten. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass der Betriebsrat auf Anraten der Sozietät des Antragstellers Druck auf die Beteiligte zu 2 durch die Entsendung ausschließlich externer und damit vergütungspflichtiger Beisitzer ausüben habe wollen. Sachliche Gründe, warum Herr H... als damaliger Betriebsratsvorsitzender zwar als Verfahrensbevollmächtigter des Betriebsrats vor der Einigungsstelle aber nicht als Beisitzer in der Einigungsstelle habe tätig werden können, existierten nicht. Es liege vielmehr nahe, dass durch die ausschließliche Besetzung der Einigungsstelle mit externen Beisitzern die Vergütung der Rechtsanwälte derselben Kanzlei unter gleichzeitiger Verfahrensteilnahme des Betriebsratsvorsitzenden habe sichergestellt werden sollen. Die für einen Rechtsmissbrauch sprechenden Argumente würden durch die behauptete einfachere interne Abstimmung zwischen dem Antragsteller und Rechtsanwalt S... nicht aufgewogen. Die Möglichkeit für eine inhaltliche Abstimmung zwischen den Beisitzern böten einerseits die Einigungsstellensitzungen, andererseits die Kommunikationsmittel wie Telefon oder E-Mail. Der Nachteil einer nicht dauerhaft gegebenen Präsenz aller Beisitzer an einem Ort sei vernachlässigbar. Indizien für ein rechtswidriges Vorgehen des Betriebsrats inklusive Mitwirkung der Sozietät des Antragstellers ergäben sich auch daraus, dass bei einer weiteren durchgeführten Einigungsstelle über die Berechtigung einer Beschwerde nach § 85 BetrVG der Betriebsrat ebenfalls zwei Rechtsanwälte der Sozietät des Antragstellers entsandt habe (Arbeitsgericht Nürnberg 14 BV 165/16).

Die Beteiligte zu 2 beantragt daher:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 27.10.2016, Aktenzeichen 9 BV 157/15, wird abgeändert.
2. Die Anträge werden zurückgewiesen.

Der Antragsteller beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Antragssteller trägt unter weiterer Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrags vor, dass es nie eine Vereinbarung über die Besetzung der Einigungsstelle gegeben habe – insbesondere nicht über die Besetzung mit zwei externen und einem internen Beisitzer auf Seiten des Betriebsrats. Die Frage der Erforderlichkeit spiele bei der Besetzung der Einigungsstelle keine Rolle. Entscheidend sei, ob der Beisitzer das Vertrauen des Betriebsrats besitze. Nur wenn der Betriebsrat als Verfahrensbevollmächtigten vor der Einigungsstelle einen weiteren Rechtsanwalt bestellt hätte, hätte sich die Frage der Erforderlichkeit gestellt. Unzulässig wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit sei nur die Benennung eines offensichtlich ungeeigneten Beisitzers.

Die Vorschläge der Rechtsanwaltskanzlei zur Besetzung der Einigungsstelle seien im Betriebsrat diskutiert worden. Der Betriebsrat sei einstimmig zum Ergebnis gelangt, dass es sinnvoll sei, drei externe Beisitzer zu benennen vor dem Hintergrund, dass dann eine Einflussnahme durch den Arbeitgeber in der Einigungsstelle ausgeschlossen werden könne. Der Betriebsrat habe vor der Beschlussfassung vom 14.01.2015 Rechtsanwalt S... danach befragt, wer als externe Beisitzer für die Einigungsstelle in Frage kommen könnten. Er habe zunächst sich empfohlen, da er selbst bereits mit der Sache befasst gewesen sei. Da auch tarifliche Regelungen eine Rolle gespielt hätten, habe er daneben einen Vertreter der Gewerkschaft NGG als Beisitzer empfohlen. Im Hinblick auf den dritten Beisitzer habe er den Antragsteller empfohlen, da sich dieser – wie Rechtsanwalt S... auch – intensiv mit Arbeitszeitregelungen und der Problematik Umkleidezeiten beschäftigt habe.

In der Betriebsratssitzung vom 26.01.2015 habe Rechtsanwalt S... noch einmal klar gestellt, dass ein Beisitzer kein imperatives Mandat habe und vom Betriebsrat weisungsunabhängig sei. Dies könne grundsätzlich dem Arbeitgeber mehr Druckmöglichkeiten eröffnen. Externe Beisitzer seien erfahrungsgemäß standfester. Der Berichterstatter des Betriebsrats hingegen sei nur diesem verpflichtet und könne insoweit in der Einigungsstelle unabhängiger die Positionen des Betriebsrats vertreten, ohne auf die formell unabhängige Beisitzerstellung achten zu müssen. Der Betriebsrat habe daher an der beschlossenen Besetzung der Einigungsstelle festgehalten, da dies angesichts des über lange Zeit hinweg ausgeübten Drucks des Arbeitgebers zielführend gewesen sei.

Kosteninteressen hätten beim Rat zur Besetzung der Einigungsstelle keine Rolle gespielt bei einem Stundensatz für den Beisitzer von 7/10 des Vorsitzendenhonorars, also von lediglich 210,- € netto pro Stunde. Denn im Regelfall sei der Aufwand der beiden anwaltlichen Vertreter – so auch hier – erheblich höher gewesen, als die vom Vorsitzenden angesetzten 17 Stunden.

Anhaltspunkte für Rechtsmissbrauch seien daher nicht nachvollziehbar. Die Bestellung sei aus anderen Gründen erfolgt, als der Beteiligten zu 2 Schaden zuzufügen

Wegen des weiteren Vortrags der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf die Schriftsätze der Beteiligten zu 2 vom 02.01.2017 (Blatt 158 – 168 der Akten), vom 14.03.2017 (Blatt 206 – 210 der Akten) und vom 29.05.2017 (Blatt 310 – 316 der Akten) und des Antragsstellers vom 07.02.2017 (Blatt 186 – 200 der Akten) und vom 24.04.2017 (Blatt 263 – 302 der Akten) sowie auf die Sitzungsniederschriften vom 15.03.2017 (Blatt 211 – 213 der Akten) und vom 13.09.2017 (Blatt 327 – 329 der Akten) verwiesen.

Das Gericht hat die Akten der Verfahren 12 BV 155/14 und 14 BV 165/16 des Arbeitsgerichts Nürnberg beigezogen.

Das Gericht hat in der Anhörung vom 13.09.2017 Frau Ke..., Herrn L... und Rechtsanwalt S... informatorisch befragt. Wegen der Aussagen wird auf den Inhalt des Protokolls vom 13.09.2017 Bezug genommen. Die Beteiligten teilten auf Befragen des Gerichts mit, dass der Sachverhalt nunmehr im Wesentlichen unstrittig sei. Einer förmlichen Einvernahme der Zeugen bedürfe es nicht.

B.

I. Die Beschwerde ist zulässig.

Die Beschwerde ist statthaft, § 87 Abs. 1 ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 87 Abs. 2, 89, 66 ArbGG.

Die Beschwerde hat zum Teil Erfolg. Dem Antragsteller steht grundsätzlich ein Vergütungsanspruch für seine Tätigkeit als Beisitzer in der Einigungsstelle nach § 76a Abs. 3 iVm Abs. 4 und 5 BetrVG zu. Dies hat das Arbeitsgericht richtig erkannt. Der Antrag zu 1 war jedoch insoweit abzuändern, als der Antragsteller zu Unrecht eine Vergütung für seine Tätigkeit als Beisitzer nicht nur in Höhe von 7/10 des Honorars des Vorsitzenden begehrt, sondern den Aufwendersatz des Vorsitzenden mit einbezogen hat. Mangels Verzugs besteht kein Anspruch auf Verzinsung. Deswegen waren auch die auf Erstattung der Rechtsverfolgungskosten gerichteten Anträge zu 2 und 3 zurückzuweisen.

1. Dem Antragsteller steht für seine Tätigkeit als Beisitzer der Einigungsstelle gem. § 76a Abs. 3 BetrVG grundsätzlich ein Vergütungsanspruch zu. Dieser hängt dem Grunde nach nur von einer wirksamen Bestellung des Antragstellers zum Beisitzer der Einigungsstelle, der Annahme dieser Bestellung durch den Beisitzer und dessen Tätigwerden ab (st. Rspr. z.B. BAG 13.05.2015 – 2 ABR 38/14 – Rn. 37; 10.10.2007 – 7 ABR 51/06 – Rn. 11 mwN).

a. Der Bestellungsbeschluss des Betriebsrats vom 14.01.2015 ist verfahrensrechtlich ordnungsgemäß zustande gekommen. Dies ergibt sich aus den vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen (Blatt 196 – 200 der Akten). Dies ist zwischen den Beteiligten in der Anhörung vom 15.03.2017 nach Vorlage der Unterlagen auch übereinstimmend erklärt worden (Blatt 212 der Akten).

b. Der Antragsteller hat die Bestellung als Beisitzer angenommen. Er ist tatsächlich in beiden Sitzungen der Einigungsstelle tätig geworden.

c. Der Bestellungsbeschluss ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die Bestellung des Antragstellers als Beisitzer nicht erforderlich gewesen wäre. Denn die Frage der Erforderlichkeit stellt sich nach der Rechtsprechung des BAG nicht.

Allerdings war es aus Sicht des erkennenden Gerichts in der Tat nicht erforderlich, den Antragsteller neben Rechtsanwalt S... und der Gewerkschaftsvertreterin in die Einigungsstelle zu berufen und damit alle drei Beisitzerplätze mit externen Beisitzern zu be-

setzen. Zwar steht es den Betriebsparteien frei, externe – und damit vergütungspflichtige – Beisitzer zu benennen (BAG 28.05.2014 – 7 ABR 36/12 – Rn. 32). Damit ist auch Raum geschaffen, notwendige Spezialkenntnisse in die Einigungsstelle zu holen, und sichergestellt, dass in der Einigungsstelle das erforderliche Fachwissen vorhanden ist (vgl. BAG 20.08.2014 – 7 ABR 64/12 – Rn. 23). Es ist aber kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, neben dem beratenden Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht S... – dem Gründer der Rechtsanwaltskanzlei - einen weiteren Rechtsanwalt aus dessen Kanzlei in die Einigungsstelle zu entsenden, der unstreitig keine anderen oder tiefer gehenden Kenntnisse der zu verhandelnden Themen einbringen konnte. Denn das für erforderlich gehaltene Fachwissen wäre auf Betriebsratsseite auch durch die Bestellung eines der beiden Rechtsanwälte vorhanden gewesen. Wenn tatsächlich kein Betriebsratsmitglied bereit gewesen sein sollte, in die Einigungsstelle zu gehen, hätte es nahegelegen, die Zahl der Beisitzer einvernehmlich auf je zwei festzulegen, um die Kosten zu schonen. Dies gilt umso mehr, als der Vorsitzende des Betriebsrats als dessen Vertreter vor der Einigungsstelle bestellt wurde und damit – außer bei der Beschlussfassung – immer anwesend sein und mitdiskutieren konnte. Eine Reduzierung der Anzahl der Beisitzer hätte einvernehmlich jederzeit erfolgen können.

Hierauf kommt es jedoch nicht an. Denn bei der Bestellung der von ihm zu benennenden Beisitzer einer Einigungsstelle wird die Auswahlbefugnis des Betriebsrats nach ständiger Rechtsprechung des BAG – der das erkennende Gericht folgt - nicht durch das Merkmal der Erforderlichkeit beschränkt (BAG 24.04.1996 – 7 ABR 40/95 – Rn. 15 ff; 13.05.2015 – 2 ABR 38/14 – Rn. 34; Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016, § 76a BetrVG Rn. 15; Düwell/Krasshöfer, BetrVG 4. Aufl., § 76a BetrVG, Rn. 8; Richardi, BetrVG, 15. Aufl. 2016, § 76a BetrVG, Rn. 18; aA GK-Kreutz/Jakobs, BetrVG, 10. Aufl., § 76a BetrVG, Rn. 30 ff; HWGNRH-Worzalla, BetrVG, 9. Aufl., § 76a BetrVG, Rn. 24; B/K/B/N-Vetter, 5. Aufl., § 43, Rn. 1370).

d. Die Auswahlbefugnis des Betriebsrats war nicht aufgrund einer vorherigen Vereinbarung mit der Beteiligten zu 2 eingeschränkt. Eine solche Vereinbarung wäre zwar grundsätzlich möglich, aber nur schriftlich im Wege einer freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 76 Abs. 4 BetrVG. Im gerichtlich protokollierten Vergleich ist eine Besetzungsrege-

lung nicht enthalten. Daneben ist eine schriftliche Vereinbarung (vgl. § 77 Abs. 2 BetrVG) weder behauptet noch ersichtlich.

Darüber hinaus ist auch mündlich eine Besetzungsregelung nicht vereinbart worden, die möglicherweise über § 2 BetrVG hätte berücksichtigt werden können. Die Beteiligte zu 2 hat ihre Vorstellungen zwar gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden vor Abschluss des gerichtlich protokollierten Vergleichs kommuniziert. Nach Aussage von Frau Ke... hat der Betriebsratsvorsitzende H... dem nicht widersprochen. Im Schweigen des Betriebsratsvorsitzenden liegt aber gerade keine Zustimmung. Auch muss der Beteiligten zu 2 klar gewesen sein, dass eine Zustimmung durch den Betriebsratsvorsitzenden ohne entsprechenden Beschluss des Betriebsrats unwirksam gewesen wäre.

e. Schließlich lässt die Auswahlentscheidung des Betriebsrats den Vergütungsanspruch des Antragstellers auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) entfallen.

aa. Der Antragssteller ist als Rechtsanwalt hinsichtlich seiner Kenntnisse und Erfahrungen bezüglich der Regelungsmaterie nicht offensichtlich ungeeignet (vgl. hierzu etwa BAG 24.04.1996 – 7 ABR 40/95 – Rn. 22). Dies ist zwischen den Beteiligten auch nicht streitig. Soweit der Geschäftsführer der Beteiligten zu 2 in der Anhörung vom 13.09.2017 erklärt hat, er habe den Eindruck gehabt, der Antragssteller sei wohl zu Ausbildungszwecken in der Einigungsstelle gewesen, so stellt dies die Geeignetheit des Antragstellers nicht in Frage.

bb. Ob der Beschluss unter dem Gesichtspunkt der Sachwidrigkeit gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) verstößt, kann dahingestellt bleiben. Ein solcher Verstoß würde nämlich nicht die Entstehung des Vergütungsanspruchs des Einigungsstellenmitglieds verhindern oder entfallen lassen.

(1) Das BAG hatte – soweit ersichtlich - bisher keinen Anlass, sich mit dieser Frage auseinander zu setzen. Es hat in seiner Entscheidung vom 24.04.1996 – 7 ABR 40/95 im Rahmen der Prüfung des Bestellungsbeschlusses eines externen Beisitzers in Rn. 22

allerdings ausgeführt, dass eine Auswahlentscheidung, die etwa dazu dienen sollte, die Kosten der Einigungsstelle zu erhöhen und damit einen Einigungsdruck auf den Arbeitgeber auszuüben, auf sachwidrigen Gründen beruhen könnte. Im konkreten Fall sah das BAG hierfür aber keinerlei Anhaltspunkte. Auch im vorliegenden Fall geht das erkennende Gericht nicht davon aus, dass es dem Betriebsrat bei der Bestellung des Antragstellers als Beisitzer gezielt darauf ankam, die Kosten des Arbeitgebers zu erhöhen.

(2) Im vorliegenden Fall legt die Konstellation der Bestellungen der Beisitzer sachwidriges Verhalten des Betriebsrats und damit einen Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nahe.

(a) Der Betriebsrat hat ausschließlich außerbetriebliche Beisitzer mit eigenem Vergütungsanspruch bestellt. Zwei der drei Beisitzer sind als Rechtsanwälte gleich qualifiziert. Es ist nicht ersichtlich, wie mit der Bestellung des Antragstellers neben dem gerichtsbe-
kannt äußerst erfahrenen Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht S... zusätzliches Fachwissen in die Einigungsstelle hätte geholt werden können.

(b) Auch andere Gründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere entspricht es nicht dem Zweck der Einigungsstelle, nur deshalb externe Beisitzer zu bestellen, weil diese – so der Rat von Rechtsanwalt S... - „erfahrungsgemäß standfester“ (Blatt 266 der Akten) seien. Denn die von den jeweiligen Betriebsparteien bestellten Beisitzer sind weder deren Vertreter noch ihr verlängerter Arm. Sie wirken bei der Schlichtung des Regelungsstreits frei von Weisungen und mit einer gewissen inneren Unabhängigkeit mit. Dementsprechend können sie nicht mit Vertretern einer Betriebspartei gleichgesetzt werden, auch wenn ihre Nähe zu derjenigen Betriebspartei, die sie bestellt hat, nicht zu verkennen und vom Gesetz auch gewollt ist. Die Tätigkeit der Einigungsstelle ist auf eine Beseitigung von Konflikten vornehmlich auf dem Weg der Herbeiführung eines für beide Seiten akzeptablen Kompromisses ausgerichtet. Die vom Betriebsrat bestellten Beisitzer vertreten dabei die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer nicht mangels Loyalität gegenüber der Arbeitgeberseite, sondern aufgrund der ihnen vom Gesetz zugewiesenen Rolle. Sie sind nach § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG überdies verpflichtet, ihre Entscheidung unter angemessener Berücksichtigung nicht nur der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer, sondern auch

der betrieblichen Belange und nach billigem Ermessen zu treffen (BAG 13.05.2015 – 2 ABR 38/14 – Rn. 32 mwN).

Bei der Tätigkeit als Beisitzer geht es also um Lösungen und nicht um Standfestigkeit. Standfestigkeit als Argument für die externe Besetzung heranzuziehen widerspricht gerade der unabhängigen Stellung der Beisitzer und ist daher ein sachfremdes Argument jedenfalls solange, wie keine Indizien für eine unlautere Ausübung von Druck seitens des Arbeitgebers erkennbar sind. Dies ist hier nicht der Fall. Zwar hat die Beteiligte zu 2 deziert ihre Rechtsauffassungen hinsichtlich der Mitbestimmungspflicht und der Besetzung der Einigungsstelle vertreten. Für unlauteren Druck auf den Betriebsrat oder deren Mitglieder sind Anhaltspunkte aber nicht erkennbar. Im Übrigen stünde es jedem Mitglied der Einigungsstelle frei, sein Amt jederzeit niederzulegen. Es könnte auch jederzeit durch Beschluss des Betriebsrats aus der Einigungsstelle abgezogen werden.

(c) Wenn aber mit der Bestellung externer Beisitzer nicht irgendein sachgerechter Zweck verfolgt wird, so entspräche es dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, dass der Betriebsrat entweder die Bestellung nicht extern vornimmt oder dem Arbeitgeber anbietet, die Zahl der Beisitzer zu verringern. Richtig ist allerdings, dass die Tätigkeit als Beisitzer nicht zu den gesetzlichen Aufgaben eines Betriebsratsmitglieds gehört und daher auch ein Betriebsratsmitglied nicht gegen seinen Willen das Amt des Beisitzers annehmen muss (BAG 20.08.2014 – 7 ABR 64/12 – Rn. 22 mwN). Auch sieht das BAG bereits in der Bestellung ausschließlich externer Beisitzer die Erklärung des Betriebsrats, dass betriebsintern keine Person zur Verfügung gestanden habe, die in der Lage und Willens gewesen sei, in der Einigungsstelle als Beisitzer auf Arbeitnehmerseite tätig zu werden (BAG 24.04.1996 - 7 ABR 40/95 - Rn. 20 mwN).

Im vorliegenden Fall hätte eine solche Person betriebsintern jedoch zur Verfügung gestanden. Denn der damalige Betriebsratsvorsitzende Herr H... ist als Vertreter des Betriebsrats vor der Einigungsstelle bestellt worden und war daher dazu berufen, in exponierter Stelle die Interessen des Betriebsrats zu vertreten. Diese Aufgabe hat er auch wahrgenommen und war daher die gesamte Dauer der Einigungsstelle zugegen. Lediglich bei der abschließenden Beratung und Abstimmung hätte er nicht teilnehmen dürfen. Es ist nicht ersichtlich, warum der Betriebsratsvorsitzende in dieser Konstellation die Interessen

des Betriebsrats nicht auch als einer der jeweils drei Beisitzer in der Einigungsstelle hätte vertreten können, ohne sich insoweit auf einen ihm wohl noch nicht einmal bekannten Beisitzer – der Antragssteller war im F...er Büro der Kanzlei tätig – verlassen zu müssen. Im Ergebnis läuft die vorliegende Konstellation somit darauf hinaus, dass die Prüfung der Erforderlichkeit für die Tätigkeit eines zweiten Rechtsanwalts auf Seiten des Betriebsrats umgangen wurde (hierzu Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016, § 40 BetrVG, Rn. 37 f). Hinzu kommt, dass sich der Betriebsrat nach Aussage des jetzigen Betriebsratsvorsitzenden und damaligen Stellvertreters in der Anhörung vom 13.09.2017 von Rechtsanwalt S... sehr gut beraten fühlte und seinem Rat zur Besetzung der Einigungsstelle gefolgt ist (Blatt 328 der Akten). Das erkennende Gericht ist daher überzeugt, dass der damalige Betriebsratsvorsitzende Herr H... als Beisitzer in die Einigungsstelle gegangen wäre, hätte Rechtsanwalt S... hierzu geraten bzw. nicht hiervon zu Gunsten eines Mitarbeiters der eigenen Kanzlei abgeraten.

(3) Andererseits ist der Arbeitgeber im Bestellungsverfahren nicht rechtlos gestellt.

(a) Das gesetzlich vorgesehene Korrektiv gegen eine übermäßige und damit kosten-trächtige Heranziehung externer Beisitzer findet sich im Einigungsstellenbesetzungsverfahren nach § 100 ArbGG. Danach entscheidet das Arbeitsgericht über die Zahl der Einigungsstellenmitglieder. Dabei hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, durch entsprechenden Sachvortrag darauf hinzuwirken, bei einfach gelagerten Einigungsstellenverfahren die Anzahl der Beisitzer auf das gesetzlich vorgesehene Mindestmaß – nämlich ein Beisitzer für jede Seite - zu beschränken (BAG 24.04.1996 – 7 ABR 40/95 – Rn. 23). Will der Betriebsrat andererseits mehr als zwei Beisitzer je Seite durchsetzen, so wird er seinerseits entsprechenden Sachvortrag leisten müssen (z.B. zur Komplexität des zu regelnden Sachverhalts, zur Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen, zur Schwierigkeit der Rechtsfragen oder der Zumutbarkeit der Kosten der Einigungsstelle s. Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016, § 76 BetrVG, Rn. 20). Er wird deshalb auch darlegen müssen, warum und wieviele externe Beisitzer notwendig sind. Nimmt der Betriebsrat dann die Besetzung entgegen seinem eigenen Sachvortrag vor, liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nahe.

(b) Einigt sich der Arbeitgeber, wie vorliegend, mit dem Betriebsrat auf eine bestimmte Zahl der Beisitzer, ohne vom Betriebsrat hinsichtlich der Besetzung nähere Angaben zu verlangen und ohne auf eine entsprechende Betriebsvereinbarung nach § 76 Abs. 4 BetrVG zu bestehen, kann er später nicht durch die Beschränkung der Auswahlbefugnisse der anderen Betriebspartei auf eine Kostenverringerung dringen. Das Ziel, die Kosten von Einigungsstellenverfahren zu verringern, verfolgt das BetrVG durch die Vergütungsregelungen des § 76 a Abs. 2 und Abs. 3. Dass es bisher entgegen § 76 a Abs. 4 Satz 1 BetrVG unterblieben ist, eine entsprechende Vergütungsregelung im Wege der Rechtsverordnung zu erlassen, kann nicht durch die Beschränkung der Auswahlbefugnisse einer Betriebspartei ausgeglichen werden (BAG 24.04.1996 – 7 ABR 40/95 – Rn. 23).

(4) Ein Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit durch die rechtsmissbräuchliche Besetzung der Einigungsstelle führt nach Ansicht des erkennenden Gerichts jedoch nicht zum Entfallen des Vergütungsanspruchs des Mitglieds der Einigungsstelle.

(a) Die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat werden durch die Rechte und Pflichten bestimmt, die dem Betriebsverfassungsrecht zugrunde liegen, sowie durch die wechselseitigen Rücksichtspflichten, die sich aus § 2 Abs. 1 BetrVG ergeben. Aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit folgt deshalb, dass sich aus der Wertung der im Gesetz vorgesehenen Rechte auch Nebenpflichten ergeben. Der Grundsatz ist Maßstab dafür, wie die Betriebsparteien ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten wahrzunehmen und auszuüben haben. Sie müssen dabei auch auf die Interessen anderer Betriebsparteien Rücksicht nehmen. Jedoch kann aus § 2 Abs. 1 BetrVG nicht unabhängig vom Bestehen konkreter betriebsverfassungsrechtlicher Rechtsvorschriften das Entstehen von Rechten und Pflichten des Arbeitgebers oder des Betriebsrats hergeleitet werden. Die Bestimmung betrifft lediglich die Art der Ausübung bestehender Rechte. Es geht letztlich um die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben auch in der Betriebsverfassung (BAG 28.05.2014 – 7 ABR 36/12 – Rn. 35 mwN).

(b) Diese Grundsätze gebieten es nach Auffassung des erkennenden Gerichts nicht, den Vergütungsanspruch des Beisitzers der Einigungsstelle dann zu verneinen, wenn

dessen Bestellung durch den Betriebsrat sachwidrig unter Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BetrVG erfolgt ist.

(aa) Der Vergütungsanspruch des Mitglieds der Einigungsstelle entsteht im Gegensatz etwa zu den Kostentragungsansprüchen nach §§ 20, 40 und 76a Abs. 1 BetrVG unabhängig davon, ob er erforderlich oder verhältnismäßig ist. Maßstab sind allein die Regeln des § 76a BetrVG. Der Vergütungsanspruch ist nach der gesetzlichen Konzeption nicht auf die Freistellung von Kosten gerichtet, sondern begründet einen unmittelbaren Anspruch des Einigungsstellenmitglieds auf Vergütung. Er wird auch nicht etwa durch Vertrag mit dem Betriebsrat begründet, dessen handelnde Mitglieder dann gegebenenfalls – wenn die Voraussetzungen für eine Freistellung durch den Arbeitgeber nicht gegeben sind - selbst gegenüber dem Vertragspartner haften würden (vgl. hierzu BGH 25.10.2012 – III ZR 266/11).

(bb) Ob der Bestellungsbeschluss formal ordnungsgemäß erfolgt ist, lässt sich regelmäßig bereits im Verfahren vor der Einigungsstelle selbst leicht feststellen, insbesondere wenn die Formalien dokumentiert sind. Notfalls könnte der Betriebsrat einen erneuten Beschluss fassen. Dies ist bei den Gründen, die zur Verletzung der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit führen können, regelmäßig nicht der Fall. So mag es im Einzelfall sachgerechte Gründe geben, die Einigungsstelle ausschließlich mit externen Beisitzern, darunter zwei gleichqualifizierten Rechtsanwälten derselben Kanzlei, zu besetzen. Jedenfalls wird dies kaum von der Einigungsstelle selbst geklärt werden können, wenn der Betriebsrat an seinem Bestellungsbeschluss festhält und der Arbeitgeber seine Einwände aufrechterhält. Auch wird dem externen Beisitzer nicht unbedingt bekannt sein, ob der Betriebsrat intern verpflichtet ist, die Besetzung in anderer Weise vorzunehmen, etwa um nicht unter Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BetrVG zu handeln. Es ist dem externen Beisitzer im Regelfall nicht zuzumuten, diese internen Vorgänge mit der notwendigen Rechtssicherheit zu klären. Auch wäre die Funktionsfähigkeit der Einigungsstelle stark beeinträchtigt, wenn sie die Entsendungsbeschlüsse auch daraufhin überprüfen müsste, ob sie nicht sachwidrig sind.

(cc) Nicht zuletzt spricht der klare und eindeutige Wortlaut des § 76a Abs. 3 Satz 1 BetrVG dafür, den Vergütungsanspruch des formal wirksam bestellten Beisitzers nicht

davon abhängig zu machen, ob der Betriebsrat intern verpflichtet gewesen wäre, einen betriebsangehörigen Beisitzer zu bestellen (Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016, § 76a BetrVG, Rn. 16 mwN). Dies gilt nach Ansicht des erkennenden Gerichts auch, wenn der Bestelungsbeschluss unter Verstoß gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zustande gekommen ist. Denn der Beisitzer ist in seiner Stellung unabhängig und gerade nicht eingebunden in die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten der Betriebsparteien.

(dd) Es erscheint auch angemessen, wenn das Risiko eines sachwidrigen Verhaltens bei der Besetzung der Einigungsstelle nicht grundsätzlich vom betriebsfremden Beisitzer zu tragen ist, sondern betriebsintern verteilt wird. Betriebsfremde Beisitzer könnten sich sonst veranlasst sehen, ihr Mandat gar nicht erst anzunehmen, wenn sie ihren Honoraranspruch bereits durch die vom Arbeitgeber geäußerte Ansicht, die Bestellung sei sachwidrig, gefährdet sehen müssten. Betriebsintern dürfte ein offensichtlicher ggf. rechtsmissbräuchlicher Verstoß gegen den Grundsatz, den Arbeitgeber nicht mit unnötigen Kosten zu belasten, zu einem Regressanspruch des Arbeitgebers ggf. nach § 826 BGB gegen die handelnden Betriebsratsmitglieder führen (Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016, § 76a BetrVG, Rn. 16; Schwab/Weth, ArbGG, 4. Aufl. 2015, Einigungsstelle, Rn. 387). Diese wiederum könnten bei einer schuldhaften Falschberatung den vom Betriebsrat beauftragten Rechtsanwalt in Haftung nehmen und diesen Anspruch an den Arbeitgeber abtreten. Zu denken wäre auch an eine entsprechende Abtretungsverpflichtung des Betriebsrats als Gremium, da ein möglicher Schaden immer beim Arbeitgeber eintritt. Andererseits wäre die Haftung des beratenden Anwalts wohl bereits dann ausgeschlossen, wenn er ausreichend auf das Risiko der Folgen einer sachwidrigen Besetzung der Einigungsstelle hinweist. Im Ergebnis würde das Risiko einer sachwidrigen Besetzung damit nicht den Beisitzer treffen, dem die Hintergründe seiner Bestellung möglicherweise nicht bekannt sind, ohne dass der Arbeitgeber aber rechtlos gestellt wäre.

2. Der Vergütungsanspruch des Antragstellers beträgt nicht 4.483,87 € brutto, sondern nur 4.248,30 € brutto.

a. Nach § 316 BGB hat das Einigungsstellenmitglied bei Fehlen einer vertraglichen Vergütungsvereinbarung den Umfang der Vergütung zu bestimmen. Diese Bestimmung

ist gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen zu treffen, wobei die Bemessungsgrundsätze des § 76 a Abs. 4 Sätze 3 bis 5 BetrVG zu beachten sind. Eine gerichtliche Festsetzung der Vergütungshöhe nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB kommt erst dann in Betracht, wenn die vom Einigungsstellenmitglied bestimmte Höhe seiner Vergütung nicht der Billigkeit entspricht (BAG 28.08.1996 – 7 ABR 42/95 mwN). Kommt es nicht zu einer vertraglichen Vergütungsvereinbarung, so ist insbesondere bindend, dass die Vergütung der Beisitzer niedriger zu bemessen ist als die des Vorsitzenden (§ 76a Abs. 3 Satz 2 iVm Abs. 4 Satz 4 BetrVG). Hierbei entspricht ein Abschlag von 3/10 gegenüber der Vorsitzendenvergütung im Allgemeinen dem Unterschied in den Aufgaben und der Beanspruchung (BAG 12.02.1992 – 7 ABR 20/91 – Rn. 22 ff, juris; Richardi, BetrVG, 15. Aufl., 2016, § 76a BetrVG, Rn. 22).

b. Eine Vergütungsvereinbarung ist zwischen Antragsteller und der Beteiligten zu 2 nicht getroffen. Dies ist weder behauptet noch sonst ersichtlich.

c. Die Bestimmung der Vergütung durch den Antragsteller entsprach jedoch nicht der Billigkeit.

aa. Nicht zu beanstanden ist, dass der Antragsteller bei seiner Bestimmung grundsätzlich 7/10 der Vergütung des Vorsitzenden zugrunde legt (s.o. unter a.).

bb. Die Bestimmung des Anspruchs entspricht jedoch nicht der Billigkeit, da der Antragsteller seiner Vergütungsforderung nicht nur die Vergütung des Vorsitzenden von 5.100,- € zuzüglich MwSt zugrunde gelegt hat, sondern auch die vom Vorsitzenden in Rechnung gestellten Aufwendungen (Reisekosten in Höhe von 282,80 € zuzüglich MwSt). Damit hat der Antragsteller 7/10 der Reisekosten des Vorsitzenden in seinen Vergütungsanspruch hineingerechnet und damit mehr als 7/10 der Vergütung des Vorsitzenden geltend gemacht. Einen Grund, warum ihm eine höhere Vergütung als 7/10 der Vergütung des Vorsitzenden zustehen sollte, hat der Antragssteller nicht angegeben und ist auch nicht ersichtlich. Insbesondere könnte sich der Antragssteller nicht darauf berufen, dass er seinerseits einen Anspruch auf Erstattung von Reisekosten gehabt hätte. Denn hierbei handelt es sich gerade nicht um die Vergütung für die Tätigkeit als Beisitzer nach § 76a

Abs. 3 BetrVG, sondern um Kosten der Einigungsstelle nach § 76a Abs. 1 BetrVG (BAG 14.02.1996 – 7 ABR 24/95 – Rn. 25, juris). Diese sind vom Arbeitgeber nur im Rahmen der Erforderlichkeit zu erstatten (Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016, § 76a BetrVG, Rn. 5 mwN). Dazu sind die Auslagen, insbesondere die Reisekosten, gesondert auszuweisen. Die Prüfung der Erforderlichkeit darf dem Arbeitgeber nämlich nicht abgeschnitten werden. Mit der Einbeziehung der Reisekosten des Vorsitzenden, also des Aufwendungsersatzes, zur Bestimmung des eigenen Vergütungsanspruchs hat der Antragsteller somit seinen Gestaltungsspielraum überschritten. Die Bestimmung ist für die Beteiligte zu 2 daher nicht verbindlich (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB).

d. Der Vergütungsanspruch des Antragstellers war gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB auf 4.248,- € brutto festzusetzen.

aa. Wird die Klage vom Gläubiger erhoben, braucht sich dieser nicht auf das Ziel zu beschränken, die Gestaltungswirkung herbeizuführen, sondern kann unmittelbar auf Leistung klagen. Die Gestaltung durch das Urteil erfolgt mit der Entscheidung über das Leistungsbegehren, auf der das Leistungsgebot beruht (vgl. BGH 24.11.1995 – V ZR 174/94 – Rn. 31; Palandt/Grüneberg BGB 76. Aufl., 2017, § 315 BGB Rn. 17).

bb. Bei der Berechnung der dem Antragsteller zustehenden Vergütung ist als Berechnungsgrundlage von der Vergütung des Vorsitzenden iHv 5.100,- € netto auszugehen. Mangels besonders zu berücksichtigender individueller Umstände sind hiervon 7/10 als angemessen und der Billigkeit entsprechend anzusehen. Hieraus ergibt sich ein Betrag iHv 3.570,- € netto. Als umsatzsteuerpflichtiges Mitglied der Einigungsstelle kann der Antragsteller auch die Erstattung der auf das Honorar entfallenden Umsatzsteuer iHv 19 v. H. verlangen, ohne dass es einer gesonderten Vereinbarung mit dem Arbeitgeber bedarf (vgl. BAG 14.02.1996 – 7 ABR 24/95 – Rn. 23). Unter Hinzurechnung der Umsatzsteuer ergibt sich der dem Antragsteller zugesprochene Betrag von 4.248,30 € brutto.

e. Das Gericht war nicht gehalten, dem Antragsteller zu diesem in den Schriftsätzen nicht explizit thematisierten Komplex eine Schriftsatzfrist einzuräumen. Zum einen hatte die Beteiligte bereits schriftsätzlich darauf hingewiesen, dass sie dem Antragstellervertre-

ter Rechtsanwalt S... für seine Tätigkeit als Beisitzer in derselben Einigungsstelle einen Betrag von 4.248,- € brutto gezahlt habe (Blatt 71 der Akten). Damit hat sie die von Rechtsanwalt S... gestellte Honorarforderung (Blatt 41 der Akten), die gleichlautend der des Antragstellers ist (Blatt 42 der Akten), entsprechend von sich aus gekürzt. Der Einwand der Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung ist damit bereits nach dem Akteninhalt hinreichend deutlich zum Ausdruck gekommen. Zum anderen hat das Gericht auf diesen Gesichtspunkt sowohl mit Beschluss vom 07.09.2017 (Blatt 325 der Akten) als auch in der Anhörung vom 13.09.2017 hingewiesen, ohne dass ein Beteiligter eine Schriftsatzfrist beantragt hätte.

3. Ein Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen besteht nicht.

a. Eine Geldschuld ist während des Verzugs zu verzinsen, § 288 Abs. 1 BGB. Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug (§ 286 Abs. 1 BGB); bei einer Entgeltforderung spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung (§ 286 Abs. 3 BGB). Mit einer nicht fälligen Forderung kann der Schuldner somit nicht in Verzug kommen.

b. Der Vergütungsanspruch des Antragstellers ist noch nicht fällig.

Leistungen, die nach billigem Ermessen zu bestimmen sind, werden bei gerichtlicher Bestimmung erst auf Grund eines rechtskräftigen Gestaltungsurteils nach § 315 Abs. 3 BGB fällig (BAG 15.04.2014 – 3 AZR 114/12 – Rn. 55; 18.03.2014 – 3 AZR 249/12 – Rn. 34; 28.06.2011 – 3 AZR 859/09 – Rn. 32; vgl. BGH 24.11.1995 – V ZR 174/94 – Rn. 29; ArbG Nürnberg 11.08.2017– 12 BV 164/16 für den Vergütungsanspruch eines Beisitzers der Einigungsstelle).

Mit der wirksamen Leistungsbestimmung wird der bis dahin „schwebende“ Anspruch auf die unbestimmte Leistung nämlich erstmals rechtsgestaltend konkretisiert und ist erst ab diesem Zeitpunkt durchsetzbar. Erst ab Zugang der billigem Ermessen entsprechenden und damit verbindlichen Bestimmungserklärung (vgl. § 315 Abs. 2 iVm Abs. 3 Satz 1

BGB) oder ab Rechtskraft des richterlichen Gestaltungsurteils (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB) ist der konkretisierte Anspruch durchsetzbar, also fällig. Fälligkeits-, Verzugs- und Prozesszinsen sind deshalb erst ab Zugang der wirksamen Leistungsbestimmung oder ab Rechtskraft der richterlichen Ersatzleistungsbestimmung geschuldet (vgl. Staudinger/Rieble (2015) BGB § 315 Rn. 403). Denn die Gestaltungswirkung des Urteils, die mit der Neubestimmung der Vergütung verbunden ist, tritt erst mit seiner Rechtskraft ein (ArbG Nürnberg 11.08.2017– 12 BV 164/16; BGH 04.04.2006 – X ZR 122/05 – Rn. 16 und 22).

Da im vorliegenden Fall die Leistungsbestimmung durch Urteil erfolgen muss, dieses jedoch nicht rechtskräftig ist, ist die Fälligkeit nicht eingetreten. Verzugszinsen sind daher nicht zu entrichten.

4. Die Anträge zu 2. und 3. sind ebenfalls unbegründet, da es an einem Verzugseintritt fehlt. Die Voraussetzungen des § 286 BGB liegen nicht vor, da die Honorarforderung nicht fällig war (s.o. unter 3.).

a. Streitigkeiten über Honorare und Auslagenersatz der Mitglieder der Einigungsstelle einschließlich der Honorardurchsetzungskosten sind im Beschlussverfahren auszutragen (BAG 27.07.1994 – 7 ABR 10/93). Grundsätzlich zählen Honorardurchsetzungskosten zwar nicht zu den vom Arbeitgeber nach § 76a Abs. 1 BetrVG zu tragenden Kosten der Einigungsstelle. Sie können aber ein nach § 286 Abs. 1 BetrVG zu ersetzender Verzugschaden sein (BAG 27.07.1994 – 7 ABR 10/93; Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016, § 76a BetrVG, Rn. 34). Hierzu gehören auch die im Beschlussverfahren entstehenden Anwaltskosten, weil § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG nur im Urteilsverfahren gilt und deshalb den im Beschlussverfahren zu verfolgenden Anspruch auf Honorardurchsetzung insoweit nicht einschränkt (BAG 27.07.1994 – 7 ABR 10/93- Rn. 20; LAG Hamm 10.02.2012 – 10 TaBV 61/11 – Rn. 112).

b. Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Ersatz eines Verzugschadens sind hier allerdings nicht erfüllt, weil es vor Rechtskraft der vorliegenden, die Leistungsbestimmung des Antragstellers ersetzenden Entscheidung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB an der

Fälligkeit und damit an einer Voraussetzung des Verzugs fehlt (ArbG Nürnberg 11.08.2017– 12 BV 164/16).

c. Eine andere Anspruchsgrundlage für die Honorardurchsetzungskosten ist nicht ersichtlich.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss können beide Beteiligte Rechtsbeschwerde einlegen.

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerde muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- 26 -

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Rechtsbeschwerdeeinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Steindl
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Michl
ehrenamtlicher Richter

Eichler
ehrenamtlicher Richter